



Facultad de Derecho  
Universidad de Zaragoza

De Miguel Tovar, Ana



**Universidad**  
**Zaragoza**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

# **LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES : PRÁCTICA ESPAÑOLA**

Autora:

**Ana De Miguel Tovar**

Directora:

**M<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero**



## ÍNDICE

- 1- Introducción
- 2- Marco normativo : Convenio de la Haya 1980
  - 2.1 Traslado o retención ilícita
  - 2.2 Custodia
  - 2.3 Aplicación del Convenio
  - 2.4 Fondo de la cuestión
- 3- Análisis de la STC nº 6/2016, de la Sala Segunda del TC, S 1- 2-2016.
  - 3.2 Antecedentes
  - 3.3 Fundamentos jurídicos
- 4- El principio del interés superior del menor en la práctica jurídica : STC AP Zaragoza, S 9-1-2017
- 5- Conclusión
- 6- Bibliografía y otras fuentes.



**ABREVIATURAS**

CH 80	Convenio de la Haya 1980
TS	Tribunal Supremo
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial
Rb II bis	Reglamento Europeo 2201/2003
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
Art.	Artículo
AP	Audiencia Provincial
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia
CE	Constitución Española 1978
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil



## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo pretende, analizar y reflexionar sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la Sala Segunda del TC ha dictado una recientísima y novedosa sentencia nº 6/2016, de fecha 1 de Febrero de 2016, publicada en el BOE nº 57 de fecha 7 de marzo de 2016.

En la misma el TC admite a trámite un recurso de amparo fundamentado, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en un supuesto de sustracción de menores, entendiendo que concurre en el supuesto de hecho la situación de especial transcendía constitucional requerida para la admisión del recurso de amparo, por cuanto en el recurso se plantea una cara del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sobre la que no hay doctrina del TC.

En el trabajo analizaré, los fundamentos jurídicos manifestados por el TC y las razones que le llevan a otorgar el amparo, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, en el supuesto controvertido en los autos. Deniega la restitución de la menor, como consecuencia de proclamar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y por la falta de motivación y explicación del proceso lógico jurídico, en relación al principio del interés superior del menor.

El interés superior del menor constituye el principio inspirador de toda la materia que versa y regula las relaciones de los menores. Este principio vincula a los jueces y tribunales y a todos los poderes públicos e incluso a los padres, de modo que en todo momento han de adoptarse las medidas más adecuadas y beneficiosas en los procesos que tienen que ver con los menores.



El principio del interés superior del menor significa que en las decisiones que se han de tomar respecto a los menores siempre ha de prevalecer aquello que resulte lo más beneficioso y adecuado al interés del menor. Sin embargo, lo que resulta más adecuado y beneficioso para el menor no está definido, y ha de ser objeto de análisis caso por caso, en función de las circunstancias que concurran en el supuesto de hecho. La llamada jurisprudencia menor y los Tribunales aplican este principio no siendo controvertida su prevalencia frente a cualquier otro principio, interés o derecho.

La importancia y novedad de la STC del TC, objeto de revisión, radica en que a pesar de la larga trayectoria del TC, es en el 2016 cuando entra a conocer y dicta resolución sobre este principio de interés superior del menor.



## **EL MARCO NORMATIVO: CONVENIO DE LA HAYA 1980**

La sustracción de menores o secuestro internacional de menores es un hecho que ha ido aumentando año tras año, es un problema global que afecta a un sector muy vulnerable, los menores de edad.

La sustracción de menores es un fenómeno que ocurre cuando se traslada o se retiene de forma ilícita a un menor de un país donde reside habitualmente a otro, o infringiendo las normas o disposiciones legales sobre responsabilidad parental, y en contra de la voluntad de uno de los progenitores.

Hoy en día, existen varios instrumentos jurídicos internacionales para proteger esta situación jurídica, como son el Convenio de la Haya de 1980<sup>1</sup>, El Reglamento Europeo Bruselas II bis, el Convenio Europeo de Luxemburgo<sup>2</sup>, y el Convenio de la Haya de 1996; los que resultarán de aplicación en función de los Estados que los hayan ratificado, o se hayan adherido. Aunque todavía existen países, que no se han adherido a ningún Convenio y que no les resulta de aplicación esta legislación.

La falta de adhesión a estos Convenios por parte de algunos Estados, crea un problema de base, ya que al no resultarles de obligado cumplimiento, los Estados no pueden ser requeridos y en consecuencia se dificulta la posible entrega del menor, y la determinación de la legislación que resultara aplicable para resolver el conflicto.

En el ámbito europeo, se contempla la sustracción de menores en el Reglamento Europeo 2201/2003<sup>3</sup>, es una fuente jurídica en materia de sustracción de menores, en el

---

1 Sobre aspectos civiles de sustracción de menores

2 Ambos relativos al reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de custodia, así como de restablecimiento de custodia.

3 En el art. 2 apartado 11 en el que se dispone que habrá traslado o retención ilícitos de un menor cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en



caso que más tarde analizaré, no será la vía para la resolución, puesto que los Estados entre los que versa el conflicto son Suiza y España, y aunque prima el Reglamento Bruselas 2 bis sobre el Convenio de la Haya de 1980, el Reglamento no resulta de aplicación para Suiza, por no cumplirse el ámbito espacial exigido, ya que Suiza no es parte de la Unión Europea. No obstante, Suiza es un país que ha firmado el Convenio de la Haya de 1980.

El Convenio de la Haya de 1980 tiene como objetivo principal, la restitución de los menores de edad en la mayor brevedad de tiempo posible y devolverlos a su residencia habitual, con el fin de evitar y minimizar los perjuicios que les causa a los menores la situación de la sustracción.

El Convenio de la Haya entró en vigor el 25 de octubre de 1980, no contiene un sistema de normas de competencia judicial internacional, sino un procedimiento “ad hoc” para la devolución del menor. Están adheridos al mismo 112 países<sup>4</sup> de los 5 continentes<sup>5</sup>. Es un Convenio inter-partes, que solo se aplica si el menor tuvo su residencia habitual en un Estado parte, y fue trasladado a otro Estado parte, en el cual no tenía la residencia habitual.

Tiene unas características peculiares, en cuanto es un Convenio internacional de carácter fáctico, con una acción directa y con cooperación internacional de las autoridades<sup>6</sup>. El Convenio se inspira en el principio “solve et repete” primero se retorna al menor, y luego en su caso, se discute a quien corresponden los derechos de guarda, visita, y el derecho a decidir sobre la residencia del menor.

---

donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría de no haberse producido dicho traslado o retención.

4 Albania ha sido el último país en unirse al Convenio de la Haya de 1980,  
[www.exteriores.gob.es/Portal/es/serviciosAlCiudadano/.../ConveniodelaHaya.pdf](http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/serviciosAlCiudadano/.../ConveniodelaHaya.pdf)

5 <http://www.hcch.net/>

6 APP Lleida 9 diciembre 2011



## EL TRASLADO O LA RETENCIÓN ILÍCITA:

En virtud del art 3 del Convenio, se definen las dos premisas necesarias para que se considere que se ha dado el supuesto del traslado o la retención ilícita:

“1. Cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

2. Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.”

Asimismo, se considerará traslado ilícito, el supuesto en el que el menor, tras finalizar el período de ejercicio del derecho de visita u otra estancia temporal en un Estado distinto de aquel donde tiene su residencia habitual, no regrese a este último, a tenor de lo dispuesto en el art. 8.3 del Convenio de La Haya.

## LA CUSTODIA:

Es necesario aclarar y determinar el concepto de custodia<sup>7</sup> al que alude el Convenio, en cuyo art 5 dispone que se entiende como el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia. Por el contrario, en el derecho interno español, al concepto de custodia, se le denomina “la guarda y custodia” y es definida como el cuidado diario y cotidiano del menor, incluye la toma de decisiones necesarias y cotidianas, para el día a día del menor. Pero la guarda y custodia no incluye las

---

7 Circular 6/2015 Fiscalía, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores





decisiones relativas al establecimiento del domicilio del menor, que pertenecen a la autoridad familiar en Aragón, o a la patria potestad en el régimen común civil. Con ello la fijación o el cambio de residencia habitual del menor, requieren de la aceptación de los dos titulares de la patria potestad o Autoridad familiar, de que ambos se pongan de acuerdo en la toma de la decisión, sin que por tanto, la decisión pueda ser tomada de forma unilateral por uno de ellos.

No obstante, aclara el Convenio, que la atribución del derecho de custodia, será con arreglo al derecho del país de la residencia habitual del menor, previa a la situación de traslado o retención lícita. Con ello el Convenio aunque define lo que entiende por custodia se remite a la legislación interna del Estado para la definición del concepto de custodia. En el caso que nos ocupa, conforme al Convenio será a tenor de las normas de Suiza, ya que en este país fue la última residencia habitual del menor.

#### LA APLICACIÓN DEL CONVENIO:

El Artículo 4<sup>8</sup> expone unos límites para la aplicación del convenio. De este artículo se extraen varias notas a tener en cuenta:

“El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años”

Con ello las características para la aplicación del Convenio son las siguientes:

1. Es irrelevante la nacionalidad y la filiación del menor.

---

<sup>8</sup> El convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.



2. Es irrelevante quienes son los secuestradores, puede ser el padre, la madre, abuelos, etc....

3. El término de residencia habitual se entiende como el lugar donde se encuentra su vida cotidiana.

Para invocar el Convenio, y poner en funcionamiento las normas que se recogen es necesario acudir a la Autoridad central<sup>9</sup>, de la residencia habitual del menor o de cualquier otro Estado contratante. Entre las funciones de la Autoridad Central, se establece incoar la apertura del procedimiento judicial o administrativo, con base en el art. 7.f. del CH80. Debiendo realizar una solicitud<sup>10</sup> en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor.

Una vez que ha recibido la solicitud de restitución tendrá dos posibilidades para la tramitación del procedimiento de restitución o no del menor, incompatibles entre sí. La primera, que es la regla general, supone la restitución del menor a su residencia habitual, si tras la valoración de todos los hechos, encajan con la existencia de un traslado ilícito y hubiera transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o retención. Además, ordenará también la restitución del menor después de la expiración del plazo de un año, salvo, que crea conveniente la denegación de la restitución como consecuencia de la integración del menor en el nuevo medio.

---

9 En España es el Ministerio de Justicia, art. 6 RD/453/2012 de 5 de Marzo, y las funciones corresponden a la Subdirección General de la cooperación jurídica internacional.

10 El art 8 CH 80, establece los requisitos de la solicitud La solicitud incluirá: a) información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b) la fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c) los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d) toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; la solicitud podrá ir acompañada o complementada por: e) una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes; f) una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado; g) cualquier otro documento pertinente.



Además el art 13 establece otras tres causas que en ambos casos, permiten denegar la restitución del menor al país de origen:

1. Si quien ejercía el derecho de custodia antes de haber sido traslado ilícitamente no ejercía la custodia de modo efectivo.

2. Si la restitución del menor puede causar un peligro físico o psíquico al menor.

3. Si el menor se opone a la restitución, y tiene una edad y un grado de madurez suficiente, para que se pueda tener en cuenta esa oposición y la opinión del menor.

En virtud del art.20 se recoge una causa más denegación de la restitución del menor, cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

El computo del año, exigido por la regla excepcional se contabiliza teniendo en cuenta el tiempo que transcurre desde el traslado o retención ilícita y la fecha de iniciación del procedimiento donde se halle el menor, y así poder determinar si procede la restitución o no del menor, que requerirá según el Convenio que entre la sustracción del menor y la presentación de la solicitud ante la Autoridad central haya transcurrido el periodo de un año. Así, ha de tenerse presente, como apunta la doctrina, que si la solicitud de restitución del menor se presenta en un plazo inferior a un año y la autoridad competente resuelve después del transcurso del año, no cabe activar el art. 12, párrafo segundo del Convenio.

## FONDO DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

En el art. 16 del CH 80 <sup>11</sup>se establece que la autoridad judicial que conozca del supuesto de sustracción no tiene la competencia para declarar a quien corresponde la

11 Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.



custodia del menor. Únicamente valora si ha habido un traslado o retención ilícita, y pone en funcionamiento los mecanismos para solventar la situación, pero no conoce del fondo del asunto, ni tiene la competencia para determinar a quién le corresponde la custodia, cuestión que deberá resolverse por el tribunal competente.

Cuando el juez declare la no restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud y siempre y cuando tenga la competencia judicial internacional podrá entrar a conocer del fondo del asunto, y establecer el régimen de custodia del menor.

En la normativa española también se recoge esta previsión, según lo establecido el art. 778 quinquies 9 LEC<sup>12</sup>.

El tribunal competente para conocer sobre los derechos de custodia, se establece conforme las disposiciones legales del Convenio de la Haya de 1996<sup>13</sup>, ya que Suiza está adherido a este Convenio. En la que el art.7 dispone que conservarán la competencia los tribunales de la residencia habitual del menor anterior al momento del traslado o retención ilícita. Por tanto, les corresponderá valorar los derechos de custodia a los tribunales Suizos.

---

12 Celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará sentencia en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor a la persona [..]

13 Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños



## **ANÁLISIS DE LA STC:**

### **ANTECEDENTES DE HECHO:**

El supuesto que voy a analizar es una sentencia dictada por la Sala Segunda del TC, el recurso de amparo nº 2937-2015 y en la que se concedió el amparo solicitado, y se declaró la nulidad de las anteriores resoluciones.

En primer lugar expondré los antecedentes de hecho, la situación fáctica de la pareja. Se trata de una familia compuesta por un padre, una madre, y fruto de la relación de pareja nació su hija. Inicialmente residen en Suiza.

La madre con la menor decidió pasar unos días de sus vacaciones de Agosto de 2013 en España, y finalmente no volvió a Suiza, quedándose las dos viviendo en España. Se deduce de las alegaciones de la madre que había sido víctima de una situación de violencia de género, de mal trato en varias ocasiones y había puesto las oportunas denuncias en ambos países.

Ante la situación de falta de retorno de la menor, el padre en Noviembre de 2013 cuando habían transcurrido tres meses, interpuso una solicitud de expediente de sustracción internacional de menores, con el fin de que la menor fuera restituida inmediatamente a Suiza, el país de su residencia habitual, y de residencia anterior al hecho de la sustracción.

Como quiera que la madre no presta su conformidad al retorno de la menor, el expediente es tramitado por juicio verbal en los juzgados de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, donde planteada la cuestión de competencia objetiva, el Tribunal se inhibió a favor de los Tribunales de Violencia de Género de la mujer nº 11 de Madrid.

El auto del Juzgado considera que la residencia habitual de la menor había sido en Suiza, y que por tanto estamos ante un supuesto de traslado ilícito de la menor establecido en el art 3 CH 80. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia resuelve desestimando la petición de retorno a Suiza de la menor, fundamentando la desestimación de la solicitud en



virtud del art. 13, apartado b del Convenio, en el que se recoge la excepción, de que el Estado requerido no estará obligado a ordenar la restitución de la menor si existe un grave peligro físico o psíquico para el menor. Por ello, el juez decide acoger esta excepción, en atención, a las denuncias por maltrato que habían sido formuladas por la madre.

Tras la sentencia de Primera Instancia, el padre decide interponer recurso de apelación ante la Audiencia provincial de Madrid, suplicando la declaración de nulidad del auto del Juzgado de Violencia de Género, que desestimó su solicitud de retorno de la menor a Suiza, argumentando que no debería de haber conocido el Juzgado de Violencia de Género, sino los Juzgados de Primera Instancia, a los que el mismo instó y entregó la demanda.

Aunque el art 788 bis LEC otorga normalmente la competencia para conocer del proceso sobre sustracción de menores a los Juzgados de Primera Instancia de la capital de la provincia, existe la excepción regulada en art. 87.ter de la LOPJ<sup>14</sup>, en la que se establece que conocerán los Juzgados de Violencia de Género de forma exclusiva y excluyente, sobre la competencia de orden civil cuando exista una situación de violencia de género con influencia o transcendencia en las relaciones familiares. Y que será el Tribunal de Primera Instancia el que deberá inhibirse, remitiendo los autos al Juez de Violencia de Género, con base en que se cumplen los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

---

14 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad.  
b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.  
c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.  
d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.  
e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.  
f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.  
g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.



La controversia entre las partes es irreconciliable, y se produce una colisión y contradicción entre las normas de los Estados parte. El Juzgado de Violencia de Género otorga la guarda y custodia de la menor a la madre, con sujeción a la patria potestad de ambos progenitores, estableciendo un régimen de visitas para el padre y la obligación de alimentos. Sin embargo, el Convenio de la Haya 80 en su art.16 establece claramente que los Tribunales no podrán entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión controvertida, no teniendo competencia para determinar ni otorgar la custodia a ninguno de los progenitores.

Por el contrario, y anteriormente a este pronunciamiento, los Tribunales Suizos declaran que la custodia le corresponde al padre. Incluso los tribunales suizos realizaron el procedimiento de exequátur<sup>15</sup> para que los tribunales españoles reconocieran la sentencia dictada.

Se produce un conflicto de normas, una colisión de las normas Suizas con las españolas, y por consiguiente, de las resoluciones de las mismas. Puesto que ambos progenitores deciden incoar procedimientos en sus respectivos países. Sin embargo, ambos países están adheridos al Convenio de la Haya de 1996 y se cumple el presupuesto exigido por el Convenio de que la menor no haya cumplido los 18 años.

El Convenio regula la competencia judicial y la ley aplicable en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, cuando el menor ha sido objeto de una sustracción internacional en el art. 7, que versa sobre la competencia judicial, establece que se mantendrá la competencia por el Estado donde residía el menor antes del traslado o retención ilícita. Además añade en su apartado 3 que las autoridades del Estado donde se encuentre el menor sustraído, solo podrán tomar las medidas urgentes y necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño. El Estado en el que el menor residía con anterioridad conserva el derecho a aplicar sus propias leyes con base en el art. 15.1 de este mismo Convenio.

---

15 Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños



En consecuencia, y por los motivos expuestos, se entiende que la competencia judicial para conocer del fondo del asunto, le corresponde a los Tribunales Suizos, país de residencia anterior al traslado de la menor. A tenor de lo establecido en el Convenio, que claramente determina que el Tribunal competente para conocer del fondo del asunto y establecer las medidas relativas a los menores de custodia, patria potestad, y pensión de alimentos, corresponden al país de residencia anterior a la sustracción de la menor.

El Juzgado Violencia de Género vulneró lo establecido en el Convenio y se extralimitó en su competencia, en cuanto, sin tener atribuida la competencia para conocer del fondo del asunto, entro a conocer sobre el mismo y resolvió expresamente que la guarda y custodia correspondía a la madre, y que la patria potestad sería ejercida conjuntamente para ambos progenitores, y que el padre debía de abonar una pensión de alimentos a favor de la menor. Con ello, se produce el conflicto de normas de los países intervinientes, en cuanto ambos tribunales de instancia determinaron la custodia de la menor otorgándola a distintos progenitores.

El recurso de apelación se sustancia ante la Audiencia provincial civil de Madrid sección Vigésimo Segunda, interesando la nulidad del auto de 14 de Abril de 2014 dictado por el Juzgado de Violencia de Género, suplicando que se revoque la resolución y se acuerde la restitución de la menor al domicilio del padre en Suiza.

Entre las alegaciones esgrimidas por el padre se manifiesta la falta de competencia del Juzgado de Violencia de Género, motivo por el que solicitaba la nulidad del auto. La Audiencia resuelve taxativamente la competencia del Juzgado de Violencia de Género núm. 11 de Madrid, en cuanto entiende que hay un procedimiento penal en curso en dicho Juzgado y la medida que se solicita contiene indudable transcendencia familiar, relacionada con el procedimiento penal en curso, lo que determina la competencia de Juzgados de los Violencia de Género, por atracción de la competencia. Lo que conlleva el rechazo de nulidad del auto invocada en el recurso, y por tanto, la competencia del Juzgado de Violencia para conocer de la petición de restitución de la menor a Suiza.





La Audiencia Provincial declara la existencia de un traslado ilícito conforme lo establecido con el art. 12 CH80 y por consiguiente una falta de consentimiento por parte del padre de que el domicilio de la menor fuera trasladada a España, como quiera que son cotitulares de la patria potestad, la decisión del establecimiento del domicilio de la menor, debe ser tomada de mutuo acuerdo por ambos progenitores y en defecto de acuerdo, solicitar la autorización judicial.

La Audiencia se desvincula de la apreciación de la existencia de que haya habido malos tratos realizados por parte del padre, tal y como se declaraba en la STC de Primera Instancia, considerando que existe una falta de indicios y de prueba respecto a la comisión del mal trato alegado. Así, decide omitir las denuncias puestas por la madre, que se recogen en un parte médico del Aeropuerto de Madrid-Barajas y en otro parte médico del Hospital Gregorio Marañón.

De esta forma, la Audiencia resuelve en el auto, la inexistencia de un peligro físico o psíquico para la menor, ni de riesgo grave o inminente, la no concurrencia de la excepción prevista en el art. 13.b CH80, la falta de consentimiento por parte del padre del traslado de la niña a España. Y En apreciación del interés superior de la menor que debe de aplicarse en todo procedimiento relativo a los menores<sup>16</sup>, procede a dictar resolución en la que acuerda la restitución inmediata de la menor a su residencia habitual, Suiza, en el domicilio paterno. Revoca y deja sin efecto el auto de 15 de Abril de 2014 del Juzgado de Violencia de Género núm. 11, que establecía la prohibición de la salida de la menor de España.

Con ello, la Audiencia interpreta que ante la falta de riesgo inminente para la menor, y en aplicación del principio de interés superior del menor, lo más beneficioso, es que la menor vuelva a su residencia anterior al traslado ilícito, determinando que se ha producido un supuesto de sustracción internacional de menores.

Ante esta situación, es la madre de la menor la que formula ante la Audiencia Provincial, el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, apoyándose en la vulneración del

---

16 Según lo dispuesto, en la LO 1\ 1996 de 15 de Enero y la Convención de los derecho de niños hecha en Nueva York el 20 del 11 de 1989.



derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión; reconocido en el art. 24.1 CE<sup>17</sup>, que resulto inadmitido por providencia de la Audiencia provincial.

Tras la denegación, la madre decide interponer recurso de amparo ante el TC contra el auto de la Audiencia provincial de Madrid, alegando que la orden de restitución de la menor, le produce la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Frente a la inadmisión del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones alega que se ha producido una indebida inadmisión del incidente por la que falta motivación, en la que no se ha entrado a conocer de las peticiones deducidas en la demanda de incidente de nulidad y en la que, la resolución que determinó la inadmisión del incidente debió de revestir la forma de auto.

En cuanto a la orden de restitución resuelta por la AP denuncia que se le ha producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la vertiente de acceso a la jurisdicción, incongruencia omisiva y derecho a una resolución razonada y fundada en derecho sobre las pretensiones que constituían el fondo de la solicitud. Manifiesta que se ha producido una contradicción en cuanto el auto del Juzgado de Violencia de Género de 15 de abril de 2014 le atribuyo expresamente la guarda y custodia, y el auto de 26 de junio de 2014 que denegó el exequátur de la resolución suiza, anudando así la vulneración del principio a la seguridad jurídica del art. 9.3<sup>18</sup> de la CE.

Manifiesta que se ha producido una incongruencia omisiva en cuanto el padre que formuló el recurso de apelación, en el mismo no alego la falta de competencia del Juzgado de Violencia de Género, y sin embargo, la Audiencia en la resolución de recurso de

---

17 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.)

18 La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.



apelación, conoció de la competencia, estimando que la tenía el Juzgado de Violencia de Género, no obstante, y aun cuando la Audiencia le da la razón al interés de la madre de que la competencia es del Juzgado de Violencia de Género, por la representación procesal de la madre se alega que en la sentencia de la Audiencia existe incongruencia omisiva, en cuanto la parte apelante no argumenta como motivo del recurso, la existencia de una falta de competencia de Juzgado de Violencia de Madrid.

Además alega tener el derecho a una resolución razonada y fundada en el fondo de sus pretensiones en derecho, manifiesta su disconformidad con que el auto resuelva la falta de existencia de riesgo para la menor, que manifiesta que la realiza de forma imprecisa, sin concretar y argumentar porque considera que no existe ese riesgo para la menor, valorando hechos que penden de resolución ante el Juzgado de Violencia de Género, por los que el padre de la menor está imputado y sobre los que todavía no existe una resolución firme. Además manifiesta destacadamente que el auto no tiene en consideración que la madre tiene atribuida la guarda y custodia de la menor. Discrepa igualmente de que la Audiencia resuelva que no existe un riesgo para la menor, porque no exista un riesgo para la madre, por la denegación que se ha producido de la orden protección interesada por la madre de la menor. Añade que la Audiencia provincial ha incurrido en error notorio, arbitrariedad, motivación insuficiente e incongruencia interna.

Denuncia la vulneración del principio del interés superior del menor, citando la legislación aplicable, así manifiesta que no se han tenido en cuenta las circunstancias actuales de la menor: su edad, el tiempo que lleva residiendo en España, el cuidado de su madre, el arraigo, la escolarización, la estabilidad, el nacimiento de un hermano en España y que el padre lleva veinte meses sin ver a su hija así como la imposibilidad que tendría la madre para ejercer sus derechos inherentes a la patria potestad y régimen de visitas en Suiza y manifiesta que la madre ha sufrido indefensión en los procesos que se han ventilado en dicho país.

Para superar el trámite procedimental de que en la interposición del recurso se de la circunstancia de que exista la especial transcendencia constitucional requerida para la



admisión del recurso, la madre argumenta la igualdad de las partes ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Además alega que se ha producido la llamada “reformatio in peius”, por cuanto, en el auto dictado en la Segunda Instancia es una resolución peor que la dictada en el de la Primera Instancia y manifestando que lo resuelto por la Audiencia no había sido interesado por ninguna de las partes. Solicita que se declare que la resolución judicial recurrida y las que traen causa de ella, vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías, suplicando que se restablezca a la madre, en todos los derechos que se dice le han sido vulnerados y declarando la nulidad del auto dictado por la AP fecha 31 de marzo de 2015 y de las resoluciones que traen causa. Por medio de otrosí en la demanda de recurso de amparo solicita la suspensión del auto recurrido, a fin de que no se lleva a cabo la ejecución de la medida, dictada por la Audiencia Provincial de retorno de la menor a Suiza, y que esta quede en suspensión durante la tramitación del proceso.

El recurso se dirige contra el auto de la Audiencia provincial de Madrid de 31 de Marzo de 2015 recaído en recurso de apelación 960/2014 y el auto de la misma sección de 13 abril de 2015 que deniega la aclaración, y frente a la providencia de 21 de mayo de 2015 que inadmite el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

La Sección Tercera de la Sala Segunda de Tribunal Constitucional, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y de la solicitud de la suspensión cautelar de las resoluciones impugnadas. A lo que se opuso la representación procesal del padre y se adhirió el Ministerio Fiscal. El TC resolvió concediendo la medida cautelar de suspensión de la ejecución interesada, al apreciar la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 LOTC y determinar que se produciría un perjuicio de imposible o de muy difícil reparación. Con ello, la menor se queda en España con la madre, al haber quedado en suspensión la orden de ejecución de las resoluciones de la Audiencia.



La admisión a trámite del recurso se fundamenta en la apreciación de que concurre en el supuesto de autos la especial transcendencia constitucional exigida por el art 50.1 LOTC en tanto en cuanto se plantea un problema que afecta a una faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sobre la que no hay doctrina del TC.

El padre se opone al recurso alegando la vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo para protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos y Humanos en la resolución del Juzgado de Violencia de Género de Madrid y en el incidente de suspensión tramitado ante el Tribunal Constitucional.

El Ministerio Fiscal contesto la demanda solicitando que se concediera el amparo, por entender que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la vertiente de obtener una resolución motivada y congruente, relata la discrepancia de los órganos judiciales respecto a la situación de peligro de la menor y que el Juzgado de Violencia concedió la custodia de la menor a la madre, por lo que las sentencias de ambas instancias resultan contradictorias. Manifiesta que el padre se aquieto con la decisión de otorgar la guarda y custodia de la menor a la madre, que no apelo esta decisión y que por tanto la misma resulta ejecutable. También introduce en el proceso, el principio de interés del menor, y que la menor reside en España desde Agosto de 2013, como consecuencia de las resoluciones dictadas por los órganos judiciales españoles, los que no solo declararon esta situación como legal y ajustada a derecho, sino que denegaron la ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades judiciales de Suiza, con ello, entiende que en la resolución se debe de tener en cuenta esta situación y el tiempo transcurrido desde la llegada de la menor a España. También manifiesta que se ha producido una vulneración del artículo 39 de la CE<sup>19</sup>, el derecho a vivir en familia, el cual no podrá ser tenido en cuenta

---

19 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.



por el Tribunal Constitucional ante la falta de alegación en la demanda de amparo, si bien entiende que igualmente se vulnera si la menor no vive con la madre.

El TC admite el recurso de amparo a trámite por entender cumplido el requisito de la especial transcendencia constitucional, si bien no entra a conocer de las alegaciones de la demandante sobre la igualdad de las partes ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, y a la presunción de inocencia, en cuanto el TC no tiene entre sus funciones la reconstrucción de oficio de las demandas formuladas inadecuadamente por los instantes de amparo.

Igualmente no entra a conocer sobre la “reformatio in peius”, con base en que el TC entiende que se produce cuando se ha producido un empeoramiento o agravación de la situación jurídica en virtud del propio recurso, no sobre la alegación, ni sobre la falta de competencia del Juzgado de Violencia de Género, en cuanto ello no perjudica a la demandante de amparo, y aunque no fue solicitado por las partes, la resolución de competencia dictada por la Audiencia, beneficia a la demandante de amparo.

Con ello la función del TC queda delimitada a analizar si se ha producido la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en la vertiente del derecho a la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho y en concreto sobre la contradicción del auto de la Audiencia con las otras resoluciones. Si se ha tenido en cuenta la situación actual del menor, en la determinación del principio del interés superior del menor y la contradicción y la discrepancia entre la sentencia de Primera y Segunda Instancia. En cuanto a si concurría un supuesto de violencia doméstica y concurría con ello la excepción del art. 13.b del Convenio.

El TC manifiesta que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí que supone el derecho a



obtener una resolución judicial que se halle suficientemente motivada y de la que se puedan conocer los elementos y criterios jurídicos, que han motivado su decisión. Que esta motivación contenga una fundamentación en derecho, que no haya habido una aplicación arbitraria de la legalidad o que resulte manifiestamente irrazonable, con un error patente o evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos y el fallo, de tal modo que la aplicación de la legalidad haya sido una mera apariencia.

El control de la legalidad ordinaria de los Tribunales, corresponde a los órganos judiciales no al TC, sin embargo, cuando las decisiones adolecen de inmotivación, irrazonabilidad o arbitrariedad, se vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cabe su revisión por el TC. Este tampoco es el competente para valorar de nuevo, el caudal probatorio del proceso. Únicamente controla la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta. Por lo que solo procederá a valorar la prueba en el supuesto de que observe que ha producido arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta en la misma y ello en cuanto el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el TC es una tercera instancia revisora de las instancias anteriores.

En el caso de autos, como la resolución judicial afecta a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe entenderse en relación al principio del interés superior del menor, que se haya recogido con carácter general en la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño, artículo 3.1. Toda decisión que afecte a un menor deberá de ser dictada en atención a este principio y en caso de que este principio confluya con otros principios de derecho, el que será considerado de mayor rango y prevalencia, será el del interés superior del menor. La resolución deberá de analizar y contener los elementos de juicio y de ponderación del citado principio, de tal forma que se pueda calibrar y ponderar la necesidad y la proporcionalidad de la medida.



En el supuesto de autos el TC, practica un control externo de si concurre una motivación suficiente, en cuanto razonable y arbitraria, y en cuanto si en la motivación se ha contemplado el principio del interés superior del menor.

La vulneración de la parte recurrente se sustentaba en dos alegaciones principales, la primera en la falta de valoración de la circunstancias actuales de la menor, y el interés superior para detener la restitución inmediata prevista por el Convenio y en segundo lugar, la discrepancia de la recurrente de no haberse tenido en cuenta la situación de violencia de género que se ha había alegado, y por tanto la existencia de la excepción prevista en el art 13CH.

El TC manifiesta que a la hora de valorar si la resolución de la AP ha tenido motivación o no, hay que tener en cuenta, que en el Convenio de la Haya de 1980, en su exposición de motivos, se establece que el Convenio se fundamenta y obedece al deseo de proteger al menor en el plano internacional y de los efectos perjudiciales que le pueden ocasionar un traslado o retención ilícita y se establecen los mecanismos que permitan su restitución inmediata. Se arbitra en el CH un proceso que tiene una duración que no debería de exceder de 6 semanas y que no prejuzga la situación del menor, sino que pretende únicamente su restitución. Los derechos de custodia del menor deberán dilucidarse en otro proceso ante el tribunal que resulte competente en cada caso.

El TC cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STC de 6 julio 2010, realizó un examen exhaustivo de la situación familiar y resolvió que se puede conseguir una interpretación armónica del CH y del derecho al respeto a la vida privada y familiar, en el procedimiento se debe de comprobar que no se dan las circunstancias que pudieran constituir un excepción al retorno inmediato del menor conforme a los art. 12, 13 y 20 CH, debiendo el Tribunal siempre que las partes hayan invocado alguna de estas causas, adoptar una decisión motivada sobre la inexistencia de las mismas. Y en segundo lugar, los factores concurrentes se deberán evaluar a luz de lo prevenido en el art. 8 CH.





Igualmente manifiesta que hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 12, en la específica previsión, de que se debe valorar la integración del menor en el nuevo medio. Se deberá examinar al momento de dictarse la resolución ha estado más de un año o menos de un año, determinando que si ha estado menos de un año ordenará la restitución inmediata, mientras que si ha estado más de un año ordenará la restitución también, salvo que se acredite que el menor ya se ha integrado en el nuevo medio. Con ello, constituye un elemento de ponderación imprescindible de la valoración de la integración del menor.

El auto que se combate mediante el recurso de amparo, reproduce el art 12 CH80 y llega a la conclusión de que se ha producido un traslado ilícito y ello unido a que la menor ha perdido la relación con el padre durante meses, faculta al Tribunal en atención al interés del menor, a ordenar la restitución. En el supuesto de autos había transcurrido más de un año desde la sustracción de la menor, con ello el art 12 le permitía valorar la integración del menor a fin de rechazar la devolución, resultando de valoración tanto los veinte transcurridos como la corta edad de la menor de 6 años, así como que se hubiera producido la plena integración de la niña en el nuevo medio, y con ello resultaba necesario valorar dicha situación a fin de hacer efectivo y de aplicación el principio superior de interés del menor.

La demora en el procedimiento judicial no supone que se deje de aplicar el principio del interés superior del menor. Por el contrario, el Convenio establece el cómputo del periodo de un año contabilizado desde el traslado o retención ilícita hasta la fecha de iniciación del procedimiento, desde la solicitud de retorno. El tiempo que transcurre hasta la solicitud ante la Autoridad Central es de 3 meses, y no un año como exige el art. 12 CH80. En cambio, el Tribunal Constitucional explica que tiene en cuenta los veinte meses, que es el tiempo que transcurre hasta que entra el propio TC valora la cuestión que se suscita. Por ello, alega que la dilación del proceso se debió a vicisitudes procesales, y no se debió a la actitud de las partes. Aun así, manifiesta que no puede verse menoscabado el



interés superior del menor, debiendo ser valorando nuevamente su situación actual y en relación a que puede haber una integración de la menor en el nuevo ambiente.

Con ello, como en la resolución de la Audiencia no se tuvo en cuenta la valoración de la integración de la menor, su edad, su entorno, su convivencia habitual, la presencia de un hermano y su escolarización desde el 2013 en España. Se produjo una insuficiencia de la motivación en la resolución que quebró y vulneró el art. 24.1 CE. Y llevó al TC a declarar que había sido vulnerado dicho derecho, a otorgar el amparo, y a declarar la nulidad del acto de 31 de marzo de 2015 dictado por la Audiencia provincial de Madrid, sección vigésima 2 en recurso de apelación 960 / 2014, así como el auto de la misma sección del 13 abril de 2015 y la providencia de 21 de Mayo de 2015. Retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior del pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones y ordenando que se dicte nueva resolución que respete el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.



EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA PRÁCTICA  
JURÍDICA: STC AP Zaragoza, S 9-1-2017

La aplicación del principio del interés superior del menor es una práctica habitual tanto de los Juzgados de Primera Instancia, de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, siendo su aplicación pacífica y reiterada como criterio regulador e inspirador de la materia, y sin que exista discusión en cuanto a su prevalencia y superioridad respecto de otros principios.

Así queda constatado en una reciente sentencia, en la que prevalece el principio del interés del menor. Es la STC AP Zaragoza, sección Segunda, S 9-1-2017, no 1/2017, rec. 3/2017 se declara acreditada la existencia de un traslado ilícito del menor conforme al art 3 del Convenio de la Haya de 1980. Igualmente se declara que no existe en la restitución un riesgo grave físico o psíquico para la menor. El art 13 CH80 establece como excepción que podrá negarse la restitución del menor si se comprueba que el propio menor se opone a su restitución y este tiene un grado de madurez suficiente para que se tengan en cuenta sus opiniones. En la exploración de la menor tanto el Tribunal de Primera Instancia como la Audiencia consideran que la menor ha ratificado con rotundidad su deseo de no querer volver a Argentina donde relata experiencias poco agradables. Por contra el relato de su estancia en España anterior al traslado, y posterior se considera como adecuado. Se estima por ambas instancias que la menor tiene un grado de madurez, en relación a su edad suficiente y que su criterio debe ser tenido en cuenta por el tribunal. El principio de interés superior del menor o "favor filii" es el que rige todo el procedimiento judicial relativo a los menores. Habiendo declarado el TC S 176/2008 de 22 de diciembre y de 07-10-2012 que dicho principio opera como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora sobre la guarda y custodia del menor, cediendo el interés de los progenitores al de éste. Se trata como dice la STC del TS de 12 de Mayo de 2012 de un principio general que tiene carácter de orden público y que debe de guiar la adopción de cualquier medida



Facultad de Derecho  
Universidad de Zaragoza

De Miguel Tovar, Ana

relativa a un menor, desde el momento que ocurra una situación de ruptura de la convivencia de sus progenitores. Viene recogido en el art. 2 LO 1/96 15 Enero de protección jurídica del menor.



### **CONCLUSIONES:**

La sustracción de menores es un fenómeno que se produce cada vez con mayor frecuencia; en cualquier lugar, no se haya limitado o fundamentado únicamente por cuestiones de religión o de cultura y puede producirse en cualquier situación de ruptura de la pareja, y en cualquier clase social, va anudado, a la querencia de los hijos y a no querer vivir separado de los mismos.

El caso que da lugar a la STC, entraña el traslado de una menor, cuya madre es española que aunque ha residido en Suiza, como consecuencia de la separación de su pareja quiere retornar a su país de origen en España, con ello se produce el traslado de su residencia habitual, de Suiza, al otro Estado España.

El supuesto enjuiciado ocurre entre dos países firmantes del Convenio de la Haya 1980 por lo que el mismo resulta de aplicación. La situación es complicada cuando concurre entre varios Estados que no han firmado el Convenio por la dificultad de determinar los instrumentos legales de aplicación, que hagan que esta situación desaparezca en el menor tiempo posible, para minimizar los daños y perjuicios a los menores. El mayor problema reside en la falta de los mecanismos reales, que hay para atajar la sustracción de menores, en tanto en cuanto, no todos los países han decidido adherirse a los Convenios internacional o no son miembros de la Unión Europea, y por tanto no aplicable el Reglamento Bruselas II Bis; así como en la lentitud de los procesos judiciales, además de la falta de cooperación de los Estados.

Los mayores perjudicados son los menores de edad, por culpa de las divergencias y conflictos que surgen entre las parejas o matrimonios. Es inaceptable esta situación, y se deberían fomentar unos procedimientos que contemplaran este problema como mucho más urgente.



Desvinculándonos de las soluciones judiciales, existen otros mecanismos de índole extrajudicial; en los casos de controversias familiares. El método más adecuado y sofisticado para gestionar este tipo de controversias, es la mediación. Unas de las ventajas que representa este método es que se desarrolla a través de un procedimiento flexible, querido por ambas partes, en el que los costes son menores, en el que con la ayuda del mediador, son las partes las que solucionan el conflicto, hay mayor agilidad en la resolución del mismo; y no hay ni vencedores ni vencidos. Y por consiguiente, aporta mayor confianza a solución. No hay mejor acuerdo y con más garantías de cumplimiento que el consensuado por las partes. Reconozco que este método puede resultar complicado o imposible en atención a las circunstancias de cada caso. Pero que de antemano no debería ser descartado, o por lo menos, tener el conocimiento de que existen más vías que las judiciales.

La mediación<sup>20</sup> es un proceso voluntario y estructurado mediante el cual un ‘mediador’ facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para este conflicto. La mediación tiene un papel importante, de este modo; ha sido recogido en el capítulo 2 de la guía de las buenas prácticas.

El Convenio de la Haya de 1980 recoge entre las destinas funciones de las Autoridades centrales, garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable. De esta forma, establece una vía para que el progenitor pueda devolver inmediatamente al menor de forma voluntaria, sin tener que esperar que se ponga en marcha el procedimiento de restitución del menor.

Para concluir, y retomando el caso, en el supuesto de autos, el Tribunal Constitucional dictó una novedosa sentencia, en la que finalmente lo que se preserva y se declara como principio y supremo, el INTERES DEL MENOR y en el que para que este derecho se entienda que

---

20 Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Mediación



no se ha vulnerado, en la vertiente del DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA se deberá en la resolución de haber analizado la situación actual del menor para que se entienda cumplido el deber de motivación de la resolución. Con ello, en cualquier caso relativo a un menor, en un supuesto de sustracción de menores o de cualquier otra clase, habrá que respetar y fundamentar en las resoluciones judiciales el principio del interés del menor, explicando el proceso lógico jurídico deductivo que se ha tenido en cuenta y las circunstancias que concurrían en el menor. El TC introduce en la aplicación del Convenio, el interés del menor, a fin de no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Me parece muy adecuada la decisión del Tribunal, porque en el ámbito del menor, debe de prevalecer, lo que resulte más beneficioso para este, en detrimento de los derechos de los padres y que la situación sea analizada al momento de dictarse la resolución, y no sea contemplada estaticamente al momento de la interposición de la demanda en cuanto que ya habían transcurrido 20 meses y objetivamente, la situación de hecho, ya no era la misma situación que se había dado al momento de la interposición de la demanda. Por otro lado, con la exigencia de motivación impuesta por el TC, se garantiza de un modo efectivo que la resoluciones judiciales dictadas respecto a los menores, se hallen amparadas y fundamentadas en el principio del interés superior del menor, y con ello, se obtiene la completa garantía para los menores de que no se produzca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.



## **BIBLIOGRAFÍA**

CALVO CARAVACA A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, volumen II, 16ª Edición.

CAAMIÑA DOMINGUEZ, C. M., “el interés superior del menor: la integración del nuevo medio” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2016 Vol.8, nº2, pp 77-91

FORCADA-MIRANDA F.J “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)” *Millennium DIPr*, revista nº3.

GARCÍA REVUELTA, C. “Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003, el papel de la autoridad central”

## **OTRAS FUENTES:**

### **FUENTES DOCUMENTALES:**

Guía de Buenas Prácticas, Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores - Mediación

Fiscalía general del Estado 1 Circular 6/2015 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.





### LEGISLACIÓN APLICABLE:

Convenio de 25 de Octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Convenio de 19 de Octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

### JURISPRUDENCIA:

AAP M Sección Vigésimosegunda, STC nº142/2015 fecha de 31 Marzo de 2015.

Sala Segunda del TC, STC nº 6/2016, fecha de 1 de Febrero de 2016.



Facultad de Derecho  
Universidad de Zaragoza

De Miguel Tovar, Ana